Zur Lehre vom Gewohnheits...

Karl Adolf Schmidt,
Bernhard Friedrich
Rudolf Lauhn





DEKAN UND DIE ÜBRIGEN ORDENTLICHEN PROFESSOREN

DER JURISTISCHEN FAKULTÄT

VERKÜNDIGEN

DIE FEIER DES ANDENKENS

AN

DR. BERNH. FRIEDR. RUD. LAUHN,

WELCHE

AM 3. MAI 1881 VORMITTAGS 12 UHR

IM GEBÄUDE DER UNIVERSITÄT

STATTFINDEN WIRD.

ZUR LEHRE VOM GEWOHNHEITSRECHT.

VON

DR. ADOLF SCHMIDT,

D. Z. DEKAN.

LEIPZIG,

DRUCK VON ALEXANDER EDELMANN,

UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCKER.

Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht.

I.

I. Die Natur weist die Menschen an auf das Leben neben und miteinander. Die natürliche Regelung des Zusammenlebens stellt sich fest durch die Moral, eine Disciplin der praktischen Philosophie, welche die Normen aufsucht für das Gesammtverhalten des Menschen, also einmal die Pflichten desselben gegen sich selbst, sodann diejenigen gegen die anderen Menschen.

Lediglich ein einzelnes Glied der zweiten Seite der Moral bildet das Rechtsgesetz, sich einfach herausstellend als das Prinzip der Gleichheit aller Menschen in seiner Anwendung auf die äussere Freiheit Aller.

Das Rechtsgesetz umfasst mithin keineswegs die Summe der menschlichen Pflicht, es ist im Gegentheil ein relativ kleiner und ziemlich elementarer Theil derselben: aber die praktische Anerkennung gerade dieses kleinen Theils in der Gesammtheit der Vorkommnisse des Lebens ist unbedingtes Erfordernis für die Aufrechterhaltung des menschlichen Verkehrs; sie ist der sittliche Träger des Gebäudes der menschlichen Gesellschaft.

Das ist der Grund, weshalb der Staat zwar die gesammten übrigen Anforderungen der Moral der individuellen Freiheit überlassen kann und überlässt — sie gedeihen überhaupt nur in dieser —, aber die Beobachtung des Rechtsgesetzes unbedingt verlangt und durch äusseren Zwang verwirklicht, wo erforderlich [1].

1 Dem Begriffe der Pflicht wohnt das Moment des Zwanges im moralischen Sinn inne — d. h. er schliesst das freie Belieben aus —, den übrigen Pflichten ganz ebenso gut wie der aus dem Rechtsgesetz hervorgehenden: der Staat aber beschränkt die Hinzufügung des äusseren Zwanges auf den Fall der absoluten praktischen Nothwendigkeit, also auf das Recht.

II. Als Grundlage des staatlichen Zwanges hat das Rechtsgesetz, so wie die Moral es hinzustellen vermag, niemals zugereicht und kann es seiner Natur nach nicht, aus einem zweifachen Grunde [1].

Einmal fehlt demselben die für die praktische Anwendung nothwendige Evidenz. Denn wenn auch die objektive menschliche Vernunft an sich kraft der Einheit des menschlichen Geistes selber eine einheitliche und unwandelbare ist: so erweist sich doch die Auffassung des Vernünftigen als eine nothwendigerweise verschiedene, je nach der individuellen Entwickelung des auffassenden Subjekts [2].

Zweitens: auf dem Wege des vernünftigen Ueberlegens gelangen wir lediglich zu einem obersten Prinzip und zu allgemeinen Konsequenzen aus diesem. Dagegen bewegt sich das Leben überall auf dem Boden des Konkreten: diese Konkretion des Lebens verlangt zu ihrer Beurtheilung konkrete Normen, welche das Prinzip keineswegs zu geben vermag.

III. Da die menschliche Gesellschaft nicht vorfindet, was sie bedarf, so ist sie darauf angewiesen es sich zu schaffen. Auf Grund dieser praktischen Nothwendigkeit entsteht das positive Recht, also dasjenige, welches zu seiner formalen Quelle den menschlichen Willen hat.

Dieser rechtliche Wille bestimmt sich durch zwei Momente: das der Vernunftgemässheit und das der Angemessenheit. Auch der Staat will das oberste Rechtsgesetz; die Brücke aber zu seiner Anwendung auf das Leben wird durch jenen zweiten Faktor der Zweckmässigkeit geschlagen, welcher allein aber auch vollständig geeignet ist, das praktisch schlechthin nothwendige Detail herbeizuschaffen [3].

IV. Ziel des positiven Rechts ist was vernünftig und zweck-

---

1 Von diesem Standpunkte aus, aber meines Erachtens auch nur von diesem, kann man die Realität des Vernunftrechts in Abrede stellen.

2 Die staatliche Anweisung, die besondere Auffassung eines bestimmten philosophischen Systems zur Anwendung zu bringen, würde in die Sache sofort das positive Element hineintragen.

3 Niemand wird z. B. die praktische Angemessenheit, ja die unbedingte staatliche Nothwendigkeit der Rechtskraft in Abrede stellen wollen: aus dem Rechtsprinzip an sich aber folgt sie nicht.

mässig. Da es sich jedoch darstellt als Ausfluss des menschlichen Willens, so bringt es lediglich zur Erscheinung, was das wollende Subjekt für vernünftig und für zweckmässig erachtet: was mithin auch unvernünftig und unzweckmässig sein kann, der Unvollkommenheit des wollenden Subjekts wegen [1].

Da ferner der Wille seiner Natur nach wandelbar ist, so ist auch sein Produkt dem Wandel unterworfen. Diese Wandelbarkeit wohnt dem Begriff der Zweckmässigkeit unmittelbar inne; für den andern Faktor folgt sie zwar nicht aus seiner objektiven Natur — diese ist im Gegentheil unveränderlich, ewig — wohl aber aus der Subjektivität der Auffassung der objektiv unwandelbaren Vernunft. Demnach ist das positive Recht geschichtlicher Natur [2].

V. Das Recht regelt das Verhalten aller derjenigen Menschen, welche miteinander und nebeneinander leben. Folglich kann es nicht der Wille beliebiger Einzelner von diesen sein, sondern muss als ihr Gesammtwille zur Entstehung kommen. Der zusammen Verkehrenden gibt es engere und weitere Kreise, von der kleinsten Dorfgemeinde an bis zur Nation, ja bis zum Verkehr der Nationen miteinander. In allen derartigen Kreisen ist eine besondere Rechtsbildung denkbar: weitaus den wichtigsten Fall aber bildet die Zusammenfassung zur Nation und zum Staat [3].

VI. Das Recht ist Gesammtwille. Wenn dazu der Wille eines jeden Einzelnen nothwendig wäre, so würde es fast niemals einen Gesammtwillen geben: er entsteht überall nur da-

---

1 Das prinzipielle Verhältnis jener beiden Faktoren zu einander besteht darin, dass lediglich und allein, was vernünftig erscheint, in zweckmässiger Weise ausgeführt werden soll.

2 Ob eine bestimmte Disciplin historisch zu behandeln sei, darüber entscheidet die Natur ihres Gegenstandes. Die Philosophie beschäftiget sich mit Erforschung der ewigen und unwandelbaren Gesetze, von denen die Welt in ihrer gesammten Gliederung beherrscht wird: also mit einem absolut unhistorischen Objekt. Was wir — und mit Recht — Geschichte der Philosophie nennen, ist die Geschichte der Philosophirenden, d. i. die Geschichte der menschlichen Bestrebungen, welche auf Erkenntnis des Ewigen gerichtet sind.

3 Dieser wichtigste Fall soll in dem Folgenden allein berücksichtigt werden.

durch, dass alle Einzelnen einer bestimmten Auktorität sich zu unterwerfen haben, sei es die eines Einzelnen, die Weniger oder die der Majorität. Weil er auf dem Prinzipe der nothwendigen Unterwerfung beruht, deshalb ist dieser Gesammtwille auch keine Fiktion [1].

VII. Der im Recht niedergelegte Gesammtwille ist seiner praktischen Bedeutung nach Befehl, also Demjenigen, an welchen er gerichtet ist, erklärter Wille. Wie erklärt die Nation ihren rechtlichen Willen? Im Allgemeinen hat der Mensch lediglich zwei Formen der Willenserklärung; er gibt denselben kund entweder unmittelbar und ausdrücklich durch das Wort und was dem gleich steht, oder mittelbar und stillschweigend durch die That. Das Gleiche gilt nothwendigerweise für die Nation: da nämlich, wo sie ihren rechtlichen Willen ausdrücklich erklärt durch das Wort, entsteht ein Gesetz; da, wo sie das stillschweigend thut durch ihre Handlungsweise, ein Gewohnheitsrecht [2].

Der nicht erklärte nationale Wille ist ebenso wenig Gewohnheitsrecht als Gesetz [3].

VIII. Aber wann und wie erklärt die Nation ihren Willen ausdrücklich? Dafür gibt es an sich keine natürliche Form, sondern nur eine durch die Verfassung besonders geordnete; mit anderen Worten: das Gesetz setzt den Staat voraus [4].

---

1 Das Verleugnen dieser Unterwerfung ist die Anarchie; ihre Anerkennnng bildet daher eine nothwendige Voraussetzung für die Möglichkeit der menschlichen Gesellschaft.

2 Die von Einzelnen vertheidigte Hinzufügung des Juristenrechts als einer dritten allgemeinen Entstehungsform des positiven Rechts wird mit Grund fast allgemein verworfen. Denn der Beruf der Juristen besteht in Erkenntnis und Anwendung des geltenden Rechts. Dagegen steht es keinem Bruchtheil der Nation zu, seinen Willen aus eigener Machtvollkommenheit für den Ausdruck des nationalen Willens zu erklären: das kann er überall nur auf Grund besonderer Delegation.

3 Die viel besprochene Ansicht, wonach die Gewohnheit lediglich die Manifestation des durch den Volkswillen schon vorher zur Entstehung gekommenen Gewohnheitsrechts sein soll (also Gewohnheitsrecht vor der Gewohnheit: besonders deutlich Puchta, das Gewohnheitsrecht, I. S. 109), beruht auf einer einleuchtenden Verkennung der Natur des positiven Rechts, welches keineswegs blos Wille, sondern erklärter Wille ist.

4 Natürlich bestehen hier verschiedene Formen mit verschiedener Bedeutung. So liegt in der absoluten Monarchie die Negation der poli-

IX. Die stillschweigende Erklärung des nationalen Willens erfolgt durch die Handlungsweise der Nation. Ihren rechtlichen Willen gibt dieselbe kund durch die in den Vorkommnissen des Lebens konstant eingehaltene, von ihr selber für zwingend erachtete Regel. Der so ausgesprochene allgemeine Wille ist Gewohnheitsrecht. Dasselbe verlangt dem Begriff gemäss zu seiner Existenz dreierlei:

a. das Dasein einer Gewohnheit,

b. das Dasein einer Volksgewohnheit,

c. das Dasein einer Rechtsgewohnheit.

Der Begriff der Gewohnheit erfordert seinerseits: a. eine Mehrheit von Handlungen; b. Gleichartigkeit dieser mehreren Handlungen; c. sich erstreckend durch lange Zeit, ohne wesentliche Unterbrechung.

Als massgebendes Subjekt erscheint das Volk: das Gewohnheitsrecht setzt mithin den Staat nicht voraus, aber es wird durch die Existenz desselben auch nicht behindert; denn Volk und Staat sind in normaler Entwickelung nur formell von einander verschieden, nicht materiell.

Was das Erfordernis der Rechtsgewohnheit anlangt, so sind während dem Bildungsprozess die einzelnen Handelnden von der Vorstellung geleitet, dass es ihre Pflicht im moralischen Sinne sei, so zu handeln wie sie thun. Durch die konstante, von derselben Anschauung gleichmässig beherrschte Handlungsweise der Nation tritt zur moralischen die Pflicht des positiven Rechts. Die Meinung, dass jedem Gewohnheitsrechte bei seiner Entstehung ein Irrthum zu Grunde liegen müsse, ist daher selber ein Irrthum.

X. Welchen Einfluss übt die Widervernünftigkeit? So gut sie kein Hindernis ist für das Zustandekommen eines Ge-

---

tischen Bildung der Nation. Im Gegensatz zu ihr erhebt das allgemeine Stimmrecht den Anspruch der politischen Durchbildung der Gesammtheit. Ein natürliches Anrecht Aller auf das Stimmrecht gibt es keineswegs; denn die Aufgabe der Gesetzgebung besteht nicht in der Ausübung eines persönlichen, eines Privatrechts, sondern in der Herstellung der besten Gesetze, also eines öffentlich-rechtlichen Problems. Daher handelt es sich lediglich um die Ermittelung der zur Gesetzgebung wirklich Befähigten: ihre Zahl wächst mit der wachsenden Bildung.

setzes, ebenso wenig tritt sie an sich der Möglichkeit des Gewohnheitsrechtes entgegen. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Erstens: die spätere Erkenntnis der Vernunftwidrigkeit dessen, was man ursprünglich für vernünftig hielt, macht den durch Gewohnheit entstandenen Rechtssatz ebenso wenig ungültig, wie den auf Gesetz beruhenden. Zweitens: die ursprüngliche Erkenntnis der Widervernünftigkeit schliesst in der Regel den Rechtswillen aus und folgeweise die Möglichkeit des Gewohnheitsrechts: dann aber thut sie das nicht, wenn die Anschauung einer bestimmten Kulturstufe das als widervernünftig Erkannte für eine unbedingte staatliche Nothwendigkeit erachtet. Die Sklaverei kann in den verschiedenen Staaten des Alterthums ebenso gut unter die zweite Kategorie gefallen sein wie unter die erste.

XI. Wenn so für die Rechtsbildung zwei Formen neben einander bestehen, in welchem Verhältnisse stehn sie zu einander?

Fragen wir zunächst nach ihrer äusseren Dignität so stehn sie einander gleich; denn da das wollende Subjekt in beiden Fällen das gleiche ist, nur formell anders geordnet, so unterscheiden sie sich lediglich durch die Erklärungsform dieses Willens, also durch ein Moment von nebensächlicher Bedeutung. Weil nun das Recht der gegenwärtige Wille der Nation ist — weder der künftige noch der vergangene — so geht der jüngere Rechtssatz mit innerer Nothwendigkeit dem älteren vor[1]. Dabei ist es gleichgültig, in welcher Form der jüngere Rechtssatz zu Tage trete, ob durch Gesetz oder durch Gewohnheit[2].

Anlangend den inneren Werth beider Formen, so hat eine jede derselben ihre eigenen Vorzüge und ihre eigenen Mängel. Dem Gewohnheitsrecht nämlich, als dem unmittelbaren Aus-

1 Eine Gesetzgebung, welche das Verhältnis umkehren wollte, würde bald zu der Erkenntnis kommen, dass sie die Grenzen ihrer Macht überschritten habe; genau so wie derjenige Gesetzgeber, welcher sein Gesetz für unabänderlich erklärt: denn keine Zeit ist stark genug, der Zukunft die Hände zu binden.

2 Das gilt selbstverständlich nur von der allgemeinen Gewohnheit des Volks, nicht schlechthin von der partikulären. Je enger der Kreis ihrer Bildner, um so geringer ihre Bedeutung.

drucke des Volkswillens, wohnt der hoch anzuschlagende Vortheil inne, dass es gar kein anderes als nationales Recht zur Erscheinung zu bringen vermag. Andererseits gerade weil es das Produkt der in die Masse eingedrungenen Ueberzeugung ist, erscheint es geeignet und geneigt, hinter der Kultur der Zeit und ihren Bedürfnissen zurückzubleiben; denn die Träger der Kultur marschiren an der Spitze der Nation [1]. Hinwiederum das Gesetz bietet die bedeutsame Möglichkeit, dass es, weil von den Erleuchtetsten zu entwerfen, leitend und führend einwirke auf die Nation: dafür aber und gerade deshalb birgt es die Gefahr in sich, dass die Subjektivität des Getetzgebers sich an diejenige Stelle setze, welche der Nation gebührt.

Endlich das historische Verhältnis beider Formen ist naturgemäss das, dass in den Anfängen des Völkerlebens die Gewohnheit als fast ausschliesslich massgebend erscheint: sie entwickelt sich ohne bewusste Reflexion in der Gestalt des naiven Bewusstseins. Das Gesetz dagegen setzt für seine kräftige Entwickelung jenen höheren Grad nationaler Bildung voraus, welcher dazu befähiget, die Summe der Einzelerscheinungen durch allgemeine Regel zu beherrschen. Von diesem Vermögen pflegt anfangs nur sparsam und vorzugsweise zur Ergänzung des Gewohnheitsrechts Gebrauch gemacht zu werden. Wenn dagegen die Nation dieser ihrer Befähigung sich voll bewusst geworden, dann pflegt sie sich zur Begründung neuer Rechtssätze des Gesetzes zunächst mit Vorliebe zu bedienen, bis dieses im Laufe der Zeit zur Alleinherrschaft gelangt, nicht blos wegen der relativen Leichtigkeit und Raschheit seiner Entstehung, sondern auch wegen des, die Welt beherrschenden Prinzips von der Theilung der Arbeit. Die lebendige Fortbildung des Rechts in der Form der Gewohnheit setzt nämlich voraus, dass das Recht im Volke selber lebendig sei: nach jenem natürlichen Prinzipe aber zieht sich die Kenntnis des Rechts, so sehr es immer als die Sache Aller erscheint, vor-

1 Der Werth des Gewohnheitsrechts ist in der neueren Zeit ebenso sehr einseitig überschätzt, als früher unterschätzt worden. Insbesondere haben gerade Juristen der historischen Schule die historische Bedeutung desselben nicht immer gehörig gewürdiget. Auch die Verschiedenheit des politischen Standpunktes ist nicht ohne Einfluss geblieben.

zugsweise zurück in den Stand der Juristen: hiermit aber ist die eigentliche Zeit der Neubildung von Gewohnheitsrecht vorüber, ja selbst das vorhandene ältere Recht dieses Ursprungs verdunkelt sich vielfach derart, dass der Beweis seiner Existenz streng genommen nicht mehr zu führen und die Gesetzgebung in ihrem vollen Rechte ist, wenn sie das Gewohnheitsrecht in den Hintergrund schiebt. So haben alle menschlichen Dinge ihre Zeit.

II.

Die römische Gesetzgebung hat die Prinzipien des Gewohnheitsrechts niemals in Paragraphen gebracht, vielmehr überliess sie diesen Gegenstand der Praxis und der Wissenschaft. Offenbar mit vollem Recht; denn die erste Aufgabe ist hier lediglich zu begreifen, nicht aber nach Gutfinden und Willkür selber zu bestimmen. So lange es im Volke lebendig lebte, war das Gewohnheitsrecht ein dem Gesetz ebenbürtiger Faktor, welchen zu bevormunden dieses schwerlich im Stande gewesen wäre; erst nach Ablauf dieser Periode konnte von dem sich mehr und mehr entfaltenden Gesetz in das Gewohnheitsrecht mit Ueberlegenheit eingegriffen werden.

Die Theorie verhält sich hier wie gewöhnlich; das heisst: nicht entfernt vollständig entwickelt, erörterte sie nur diejenigen Punkte genauer, welchen sie praktische Bedeutsamkeit beimass. Jedenfalls ist, was uns erhalten blieb, dieser Art, und es liegt wenig Wahrscheinlichkeit dafür vor, dass das Untergegangene von vollständigerer Beschaffenheit war. Betrachten wir nunmehr das Erhaltene.

Was zunächst die Bezeichnung anlangt, so ist hervorzuheben, dass die Römer nicht wie wir von Gewohnheitsrecht zu reden pflegen, sondern vorzugsweise von der äusseren Erscheinung desselben, also von der Gewohnheit. Sie bedienen sich der Ausdrücke *consuetudo* [1], *mos, mores* [2], *usus* [3], auch wohl

---

1 Das zeigen schon die Titelrubriken des theodosischen Kodex *de longa consuetudine,* der Pandekten *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine* und des justinianischen Kodex *quae sit longa consuetudo,* endlich zahlreiche von unserem Thema handelnde Stellen des *corpus iuris.*

2 *Ulpianus, praef. § 4; § 9 I. de iure naturali; Fr. 32 pr. de legibus; C. 4 Th. C. de testamentis; C. 2 Th. C. de itinere muniendo; C. 4 I. C. de canone.*

3 *§ 9 I. cit.; C. 2 h. tit.*

antiquitas, uetustas[1]*:* nur selten findet sich die genauere Bezeichnung *ius moribus constitutum*[2].

Dass der Begriff zwei wesentliche Bestandtheile habe, also den äusseren der Gewohnheit und den inneren des Willensmoments, konnte natürlich der römischen Jurisprudenz nicht entgehn. Dabei erscheint es als zweifellos, dass sie jener Theorie nicht gehuldiget habe, wonach das Gewohnheitsrecht vorhanden sein soll vor der Gewohnheit. Das liegt nämlich nicht blos indirekt in der eben erwähnten Bezeichnungsweise als *consuetudo,* sondern es wird auch deutlich und geradezu ausgesprochen in Stellen wie folgende:

Ulpianus, praef. § 4:

Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inueteratus.

§ 9 I. de iure naturali, gentium et ciuili:

Ex non scripto ius uenit quod usus comprobauit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.

Fr. 32 pr. de legibus (Iulianus lib. 48 digestorum):

De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est — — Inueterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum.

Denn hier wird überall in unzweideutiger Weise davon ausgegangen, dass nicht der *consensus populi* an sich das Gewohnheitsrecht mache, sondern erst der in der Form der Gewohnheit kundgegebene *consensus:* es ist daher für das Gewohnheitsrecht die Gewohnheit wesentlich.

Der Begriff der Gewohnheit wird nirgends in seine Bestandtheile zerlegt; dass man ihn jedoch, soweit für die Rechtsübung erforderlich, vollständig beherrschte, ist zweifellos. Namentlich kommt gelegentlich zum Ausdruck

---

1 *C. 15 Th. C de exactionibus (uetustas et consuetudo); C. 1 Th. C. de spectaculis (antiquitas); C. 45 Th. C. de episcopis (uetustas et canones antiqui).*

2 *Fr. 32 § 1 h. tit.; § 9 I. cit.*

a) dass darin eine mittelbare, thatsächliche Kundgebung zu erkennen sei[1];

b) dass nicht eine einmalige thatsächliche Kundgebung genüge, sondern nur eine fortgestzte *(usus)*;

wobei in den verschiedensten Wendungen hervorgehoben wird, dass nur diejenige fortgesetzte Uebung hierher gehöre, welche durch lange Zeit sich erstreckt, sodass sie auf das Prädikat des Altseins Anspruch habe[2].

Anlangend das innere Moment, so wird davon ausgegangen, dass das Gewohnheitsrecht den menschlichen Willen zu seiner Basis habe[3]. Das wollende Subjekt ist dabei in der Regel das Volk[4], von seiner politischen Organisation abgesehn, sodass sich dieses Subjekt nicht mit der Staatsverfassung ändert[5]; natürlich aber wird, gerade wie bei dem Gesetzesrecht, neben dem gemeinen auch partikulares Gewohnheitsrecht anerkannt, und zwar nicht blos die Gewohnheit einer politischen Abtheilung des römischen Volks, wie *consuetudo prouinciae*[6], *ciuitatis*[7], sondern auch der *mos regionis*[8], also einer geographischen Abtheilung, welche von der politischen absieht. Der in Frage kommende

---

1 *Fr. 32 § 1 cit.*

2 *Longa consuetudo:* die drei Titelrubriken, *Ulpianus l. cit., Fr. 35 h. tit., C. 1 h. tit.; diuturna consuetudo, diuturni mores: Fr. 33 h. tit., § 9 I. cit.; prisca consuetudo: C. 23 Th. C. de annonis, C. 4 I. C. de canone; uetusta consuetudo: C. 68 Th. C. de decurionibus (cfr. C. 1 Th. C. de lucris), C. 15 Th. C. de exactionibus, C. 45 Th. C. de episcopis; uetus consuetudo: Fr. 13 § 2 de pollicitationibus, C. 131 Th. C. de decurionibus; inueterata consuetudo: Fr. 32 § 1 h. tit., C. 4 I. C. de canone (cfr. Ulpianus l. cit.); antiquitus probata et tenaciter obseruata consuetudo: C. 3. I. C. h. tit.; usus longaeuus: C. 2 eod tit.*

3 *Fr. 32 § 1 h. tit. (Iulianus): — nam quid interest, suffragio populus uoluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?*

4 *Fr. 32 § 1 cit.*

5 Während die Entstehungsform des Gesetzes, von der Verfassung des Staats wesentlich abhängig, mit dieser nothwendigerweise sich ändert, bleibt die des Gewohnheitsrechts die gleiche unter allen Verfassungen.

6 *Consuetudo prouinciae: Fr. 34 h. tit. (Ulpianus lib. 4 de officio proconsulis); mos prouinciae: C. 101 Th. C. de decurionibus.*

7 *Fr. 34 cit., C. 22 Th. C. de susceptoribus, C. 4 Th. C. de testamentis, C. 1 I. C. h. tit.*

8 *C. 26 § 1 I. C. de usuris, Fr. 1 pr. eod. tit., Fr. 34 de regulis iuris.*

Wille ist der *consensus*[1], und zwar der *tacitus consensus*[2] der betreffenden Mehrheit: und etwas anderes meint auch Hermogenian nicht, wenn er das Gewohnheitsrecht mit einer *tacita conuentio omnium* vergleicht *(uelut)*[3].

Worüber übereingestimmt werden müsse, damit die Rechtsgewohnheit von der rechtlich gleichgültigen Gewohnheit sich abhebe, offenbar eine Frage von prinzipieller Wichtigkeit, wird nirgends erörtert. Ja, jene *opinio iuris et necessitatis,* welche man gewöhnlich für ein absolutes Erfordernis erklärt, findet nicht einmal andeutungsweise Erwähnung. Dass sie auch nach römischer Auffassung Recht zu schaffen geeignet war, ist übrigens selbstverständlich, denn es handelt sich um *ius moribus constitutum.* Andererseits aber belehren uns die Quellen über den häufig übersehenen Umstand, dass, wie das positive Recht überhaupt, so insbesondere gerade das Gewohnheitsrecht geeignet und geneigt sei festzustellen, was auf dem Gebiete des Rechts zweckmässig erscheine. So finden wir, dass nicht blos die Rechtspflicht der Steuern und öffentlichen Lasten durch Gewohnheit bestimmt werde[4], sondern auch, wo diese an sich unzweifelhaft, ihr Betrag[5]. So erklärt Papinian, dass wo bei *bonae fidei iudicia* auf Zinsen *ex arbitrio iudicis* zu erkennen ist, der Richter für die Höhe derselben nach der örtlichen Gewohnheit sich zu richten verpflichtet sei[6]. So wird die Behörde,

1 *Gaius III, 82: ius quod consensu receptum est.* Mindestens unklar im Ausdruck, setzt Modestinus in Fr. 40 h. tit. den *consensus* der *consuetudo* entgegen. Vergl. *Cuiac. obserua. 14, 16.* [In ähnlicher Weise behandelt Cicero, *orat. part. 31, consuetudo* und *consensus* als Gegensatz.]

2 *§ 9. 11 I. de iure naturali; Ulpianus l. l.*

3 *Fr. 35 h. tit.* Dem Gewohnheitsrecht Vertragsnatur beizulegen, kommt Hermogenian sicherlich nicht in den Sinn. Ebenso besteht zwischen ihm und Julian in Fr. 32 § 1 h. tit. trotz Puchta (I p. 83 ff.) nicht der geringste Widerspruch.

4 *Fr. 4 § 2 Fr. 9 § 2 de publicanis, C. 2 Th. C. de itinere, C. 10 Th. C. de extraordinariis, C. 5 Th. C. de auro.*

5 *C. 23 Th. C. de annona, C. 15 Th. C. de exactionibus, C. un. Th. C. de imponenda, C. 4 I. C. de canone.*

6 *Fr. 1 pr. de usuris (Papinianus): Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendat.* — Weil Puchta

bei welcher Testamente gültig niedergelegt werden können, bestimmt durch die Gewohnheit[1]; und in gleicher Weise ordnet sich auch sonst der Geschäftskreis der Behörden[2]; ja selbst die Form, in welcher bestimmte Geschäfte sich zu vollziehen haben, kann fixirt werden durch Gewohnheit[3].

In wie weit das römische Gewohnheitsrecht das Erfordernis der Vernunftgemässheit anerkenne, das wird sich deshalb nicht zweifellos feststellen lassen, weil die hierher gehörigen Aussprüche der Quellen unpräcise gefasst und deshalb unklar sind. Mir persönlich scheint was sie bringen rational zu sein.

a) Was widervernünftig ist, das will im Allgemeinen weder Staat noch Volk; es kann daher ebenso wenig das Ziel des Gesetzes sein wie der staatlichen Gewohnheit. Lediglich diesen allgemeinen Satz kann man finden in dem gelegentlichen Ausspruch von *C. 2 quae sit longa consuetudo*[4]. Für die praktische Anwendung aber sind, wie oben zu entwickeln war, zwei Fälle zu scheiden: das Volk erkennt die Vernunftwidrigkeit oder es hält Widervernünftiges irrthümlich für vernünftig.

b) In dem ersten Fall besteht die Regel der Ungültigkeit; denn was man als Unrecht weiss, das kann man nicht als Recht wollen: und gerade hierüber spricht sich Justinian gelegentlich

---

den Faktor der Zweckmässigkeit für das Gewohnheitsrecht überhaupt nicht gehörig würdiget, deshalb glaubt er (II S. 60) hier nur wirthschaftliche Gewohnheit annehmen zu dürfen. Aber wenn die betreffende Vorschrift den Richter bindet, was ist sie dann anderes als eine rechtliche Norm?

1 *C. 4 Th. C. de testamentis.*

2 *C. 1 Th. C. de lucris, C. 5. Th. C. de principibus.*

3 Valentinian und Valens schärfen in *C. 20 Th. C. 5, 13* (sich anschliessend an den Titel *de longa consuetudine*) ein, dass das *officium rationalis,* welches von den Besitzern von Emphyteutgrundstücken Zahlungen erhielt, am Tage der Zahlung Quittung auszustellen habe, und zwar auf Grund eines durch die Sitte festgestellten Satzes: *pro more.*

4 Anders freilich Savigny (System I S. 424); er verlangt nämlich, dass wir in dem kaiserlichen Ausspruch, die Kraft der Gewohnheit gehe nicht so weit *„ut rationem vincat“*, unter der *ratio* die *ratio publicae utilitatis* verstehen sollen. Dafür beruft er sich auf *C. 1 de adquirenda et retinenda possessione,* wo wir dem Ausdruck *ratione utilitatis* begegnen, also die *utilitas* gerade nicht in der *ratio* enthalten ist, vielmehr bedeutet da *ratione* „in Rücksicht auf.“

deutlich aus[1]. Auch die blose Zweckmässigkeit an sich rechtfertiget keine Abweichung. Nur wo sich diese nach den Anschauungen einer bestimmten Zeit bis zur praktischen Nothwendigkeit steigert, da durchbricht auch das römische Recht die abstrakte Regel der Vernunft und es geschieht das ganz vorzugsweise durch die Macht der Sitte, der Gewohnheit[2].

---

1 In Novelle 134 Kapitel 1 verbietet der Kaiser den Provinzialbeamten gewisse Belastungen der Provinzialen; er fügt hinzu: *μήτε δὲ συνηθείας ὀνομάζειν ἢ ζητεῖν, ἅπερ τυχόν τινες τῶν προηγησαμένων εἰς οἰκεῖον κέρδος ἀδίκως ἐπενόησαν. τὰ γὰρ κακῶς ἐπινοούμενα οὐδὲ μακρᾷ συνηθείᾳ βεβαιοῦσθαι βουλόμεθα.* — Was hier Justinian als seine kaiserliche Willensmeinung ausspricht, ist lediglich die Anwendung eines allgemeinen Prinzips auf den gegebenen Fall.

2 Dieser wichtige Satz liegt in dem Wesen des positiven Rechts überhaupt begründet und insbesondere in dem des *ius gentium*. *a*. Das äussere Kriterium des letzteren ist die Allgemeingültigkeit des Rechtssatzes bei den gebildeten Völkern einer bestimmten Periode *(ius quod apud omnes gentes peraeque custoditur — ius omni humano generi proprium: Inst.; quasi quo iure omnes gentes utuntur: Gaius)*. Dabei darf man nicht von der Vorstellung ausgehen, dass das *ius gentium* der Römer das Produkt einer vergleichenden Rechtswissenschaft gewesen sei, sodass sich sein Inhalt mit der Erkenntnis eines neuen Volksrechtes hätte mindern können: das *ius gentium* ist vielmehr eine feststehende Summe von Rechtssätzen, dahin gehörig, weil die Römer sie dahin rechnen. Findet ein solcher bei einem neu überwundenen Volke sich nicht vor, so wird er auf Grund des *ius gentium* von den Römern dahin importirt: offenbar nur in diesem Sinne ist die *stipulatio* und in ihrem Gefolge die *acceptilatio iuris gentium (Gaius III, 93; Fr. 8 § 4 de acceptilatione)*; die Römer haben sich an diese Kontraktsform derart gewöhnt, dass sie dieselbe einführen, wohin sie immer kommen. *b*. Dass diese Uebereinstimmung des positiven Rechts bei den verschiedenen Völkern sich findet, hat einen doppelten Grund. Den ersten und weitaus hauptsächlichsten bildet die einheitliche und unwandelbare Basis der menschlichen Natur, *naturalis ratio (Gaius I, 1: — quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur uocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes populi utuntur: § 1 I. de iure naturali)*. Der zweite Grund besteht in dem unabweislichen praktischen Bedürfnis, wie gerade eine bestimmte Kulturepoche es bei allen Völkern gleichmässig auffasst *(usu exigente et humanis necessitatibus: § 2 I. h. tit.)*, also in einem wandelbaren Faktor, welcher der *naturalis ratio* widersprechen kann und thatsächlich widersprochen hat. [In dem aus verschiedenen Quellen locker zusammengefügten Institutionentitel kommt dieser Gegensatz zum zwar

c) Was dagegen an sich widervernünftig von einer bestimmten Zeit für vernünftig gehalten wird, das wird Recht in der Form der Gewohnheit ganz ebenso gut wie in der des

---

ungeschickten, aber doch deutlichen Ausdruck.] c. *Ius naturale,* mit der *naturalis ratio* identisch, ist von dem *ius gentium* prinzipiell verschieden; denn das erste erscheint als ein Theil der Ethik und daher seinem Wesen nach unveränderlich *(§ 11 I. h. tit.),* das andere ist ein besonderes Glied des positiven, also des von den Menschen gesetzten, veränderlichen Rechts *(Cicero de republica I, 2; de oratoria partitione 37;* die Definition des Gaius). [Die Erstreckung des *naturale ius* auf alle lebendigen Wesen, wie sie sich bei Ulpian, *Fr. 1 § 3 de iustitia et iure,* und nach ihm in den Institutionen findet, ist ein griechischen Philosophen entlehnter *(Cicero de officiis III, 11),* doktrinärer Aufputz, welcher für die Entwickelung des römischen Rechts fast ohne Einfluss geblieben ist. Dass die *naturalis ratio* den Kernpunkt bilde, darüber war selbst Ulpian niemals in Zweifel; vergl. z. B. *Fr. 5 § 16 de agnoscendis, Fr. 11 § 2 de peculio;* Voigt, *ius naturale I, § 56].* *d.* Die begriffliche Verschiedenheit von *ius naturale* und *ius gentium* tritt nirgends deutlicher hervor, als bei der Sklaverei. Sie nämlich gehört, weil auf vermeintlicher praktischer Nothwendigkeit beruhend, zu dem *ius gentium;* dabei ist jedoch den Römern vollkommen klar, dass sie dem *naturale ius* widerspreche: Florentinus in *Fr. 4 § 1 de statu hominum: Seruitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur* und Tryphoninus in *Fr. 64 de condictione indebiti: Ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est* —. *e.* Nach dem Vorstehenden ist die bekannte Ansicht Savigny's (System I, S. 109 ff. und Beilage 1) unhaltbar, wonach auf diesem Gebiet eine Meinungsverschiedenheit der klassischen Juristen bestanden haben soll. Die Einen nämlich, an ihrer Spitze Gaius, sollen lediglich eine zweigliederige Eintheilung angenommen haben: *ius ciuile* und *ius gentium* = *ius naturale,* die Anderen, ihnen voran Ulpian, eine dreigliederige: *ciuile, gentium* und *naturale.* Gegen die obigen Gründe für die Dreitheilung und ihre allgemeine Anerkennung durch die römischen Juristen vermag der Umstand nichts, dass Gaius in seiner Definition des *ius gentium* lediglich der *naturalis ratio* gedenkt; denn zur ausschliesslichen Hervorhebung des weitaus hauptsächlichsten Motivs war er in einem Institutionenbüchlein wohl berechtigt und es ist andererseits ganz gewiss, dass auch er die Sklaverei zum *ius gentium* zählt: Gaius I, 52. Desgleichen ist ein Ausspruch von Paulus, welcher auch mich früherhin irre geführt hat, *Fr. 84 § 1 de regulis iuris: Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus,* kein Gegenbeweis; denn er verlangt folgende Auslegung: alle im *ius gentium* anerkannte Obligationen stammen aus dem *naturale ius,* aber keineswegs alle Naturalobligationen haben die Anerkennung des *ius gentium* sich erworben.

Gesetzes[1]. Auch die nachträgliche Erkenntnis der Widervernünftigkeit ändert an der Gültigkeit nichts[2]. Nur die ausdehnende Erklärung, welche auf Gesetz und Gewohnheit gleichmässig angewendet in der Entwickelung des römischen Rechts eine ganz vorzugsweise grosse Rolle spielt[3], glaubte die Jurisprudenz bei den der Rationabilität entbehrenden Gesetzen und Gewohnheiten ebenfalls gleichmässig ausschliessen zu sollen[4].

---

1 Das dafür beweisende Beispiel ist die Sklaverei. Den Satz selbst setzt Celsus voraus in *Fr. 39 de legibus.*

2 Diese nachträgliche Erkenntnis als solche hebt überhaupt keinen positiven Rechtssatz ohne weiteres auf. Den Beweis dafür, dass das auch bei dem Gewohnheitsrechte gelte, liefert abermals die Sklaverei; denn kein römischer Jurist spricht ihr die Gültigkeit ab, trotz seiner vollen Erkenntnis ihrer Widervernünftigkeit.

3 *a.* Die römischen Gesetze pflegen neue Normen nur für solche Gebiete aufzustellen, welche sie vollständig übersehen, daher nur für ein bestimmt beschränktes: das neue Prinzip dehnt man dann, so weit es sich bewährt, aus im Wege der Analogie: *Fr. 10 de legibus (Iulianus): Neque leges neque senatus cousulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri. — Fr. 12 eod. tit. (Idem): Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis compraehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet. — Fr. 13 eod. tit. (Ulpianus): Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum uel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, uel interpretatione uel certe iurisdictione supplere. — Fr. 27 eod. tit. (Tertullianus): — semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.* [Unsere moderne Gesetzgebung schlägt gar nicht selten den entgegengesetzten Weg ein: ein allgemeines Prinzip an die Spitze stellend, dessen Tragweite sie nur unvollständig übersieht, kommt sie, nachträglich durch das Leben belehrt, zu der Erkenntnis, dass es in sehr vielen Fällen nicht passe.] — *b.* Andererseits kann natürlich dem Gesetz selber der Wille inne wohnen, nicht ausgedehnt zu werden. Ein hierher gehöriges Beispiel gibt *§ 8 fragm. de iure fisci.*

4 Der allgemeine Satz findet sich ausgesprochen von Paulus in *Fr. 14 de legibus (Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias)* und von ebendemselben in ähnlicher Weise in *Fr. 162 de regulis iuris (Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi).* Es ist daher durchaus nichts neues und besonderes, wenn Celsus in *Fr. 39 de legibus* dasselbe speziell aussagt von der Gewohnheit: *Quod non ratione introductum, sed errore*

Was endlich das Verhältnis des Gewohnheits- zum Gesetzesrechte anlangt, so begegnen wir darüber im römischen Recht vollkommen gesunden Ansichten; namentlich entwickelt dieselben die klassische Jurisprudenz mit einleuchtender Konsequenz aus der Natur beider. Da Gesetz und Gewohnheit — so argumentirt sie — nicht durch das wollende Subjekt sich unterscheiden, sondern nur durch die Form des Ausdrucks, so stehn sie einander gleich: folglich entscheidet das natürliche Prinzip, wonach im Kollisionsfalle der jüngere Rechtssatz dem älteren vorgeht, und es ist dabei völlig gleichgültig, in welcher der beiden Formen dieser jüngere Rechtssatz zur Erscheinung kam. So vor Allen Julian in

Fr. 32 § 1 de legibus senatusque consultis et longa consuetudine:

Inueterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probauit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus uoluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum

---

primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet. — Freilich Puchta, Gewohnheitsrecht I S. 61. 81, dem Savigny, System I S. 147, in der Hauptsache beistimmt, legt diese vielbesprochene Stelle anders aus. a. Er trennt den *error* von der *ratio*, in jenem etwas besonderes erkennend; aber *error* und *ratio* sind keine haltbaren Gegensätze, der Sinn ist vielmehr: was zwar wider die Vernunft verstösst, aber im Wege der Gewohnheit Anerkennung erhielt, weil man es irrthümlich für vernünftig hielt u. s. w. [Die Hervorhebung dieser Art des Irrthums erschien deshalb besonders angemessen, weil, wenn das Unvernünftige von Anfang an als solches erkannt wird, die Möglichkeit der Entstehung eines Gewohnheitsrechts in der Regel ausgeschlossen ist]. b. Er erklärt die Worte *in aliis similibus non optinet* dahin: das ist künftighin nicht mehr anzuwenden. Ich will die sprachliche Möglichkeit dieser Auslegung nicht schlechthin in Abrede stellen, obgleich es mir nicht römisch erscheint, die künftigen gleichen Fälle als ein *simile* zu bezeichnen; jedenfalls aber bedeutet es hier den Ausschluss der Analogie, denn gerade von dieser wird in diesem Titel gehandelt und gerade sie verstehen die römischen Juristen unter dem *simile* insbesondere auch in diesem Titel: *Fr. 12 Fr. 13 Fr. 27* der vorigen Anmerkung.

est, ut leges non solum suffragio legis latoris[1], *sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

Darin ist nichts republikanisches zu finden, wie man wohl geglaubt hat[2], die ganze Auffassung entspricht vielmehr der gesammten staatsrechtlichen Theorie der ersten Kaiserzeit, nach welcher alle staatliche Gewalt vom Volke ausgeht, selbst die kaiserliche[3]. Als eigentliche Form der Rechtsbildung durch das Volk betrachtet sie allerdings — und darin zeigt sich die Einwirkung einer späteren Zeit — ausschliesslich die *lex* und führt deshalb die anderen auf diese zurück: von ihnen sagt sie, insofern sie ihnen zwar nur den Rang nach der *lex* aber dieselbe Kraft wie der *lex* beimisst, sie haben *legis uicem.* Das gilt nicht blos von dem Senatuskonsult der Kaiserzeit[4], sondern

---

1 An dem Worte *legis latoris* an dieser Stelle hat Puchta mit Recht Anstoss genommen; er hält es — und nach ihm Vangerow — für ein Emblem Tribonian's: aber was sollte die Kompilatoren zu dieser absolut überflüssigen Einschiebung bestimmt haben? Es hat vielmehr das Gesicht eines Glossems, und zwar eines recht alten, denn schon der Scholiast der Basiliken II, 1, 41 hat so gelesen.

2 Dem widerspricht schon die Persönlichkeit des Verfassers, welcher geheimer Rath des einen Kaisers war und Grossvater eines anderen. Solchen unhaltbaren Auffassungen, denen schon Puchta entgegentritt, begegnen wir übrigens nicht blos in der politisch ungebildeten Zeit des vorigen und des beginnenden jetzigen Jahrhunderts, sondern auch bei den späteren Römern. Auf ähnliches mindestens ist zurückzuführen, was ein Scholiast zu den Basiliken II, 1, 42 auseinandersetzt und was nachträglich nicht ohne Anklang geblieben ist, nämlich dass zwar durch Gewohnheit ein Gesetz beseitigt werden könne *(desuetudo)*, dass aber der Gewohnheit nicht die Kraft innewohne, an Stelle eines Gesetzessatzes positiv einen neuen Satz zu setzen. Diese nirgends quellenmässige Behauptung ist handgreiflich falsch; denn die Frage dreht sich nur um die Beseitigung eines Gesetzes durch Gewohnheit: diese Beseitigung aber ist in beiden, von dem Scholiasten getrennten Fällen vollkommen die gleiche.

3 *Fr. 1 pr. de constitutionibus principum (Ulpianus).*

4 Zur Zeit der Republik war das politische Parteifrage (Cicero zählt das Senatuskonsult ohne Bedenken unter den Rechtsquellen auf), der Senat aber war klug genug, von der theoretisch in Anspruch genommenen Befugnis nur sparsamen Gebrauch zu machen. Nach Beseitigung der eigentlichen *lex* wählten die Kaiser mit Vorliebe das Senatuskonsult, damit der Absolutismus nicht nackt heraustrete. Endlich schwand auch dieses formelle Bedenken. *Cicero, topicorum 5; Gaius I. 4; Fr. 9 de legibus senatusque consultis; § 5 I. de iure naturali.*

auch von dem Kaisergesetz selber[1], und sogar, wie unhistorisch es immerhin sein mag[2], von dem Gewohnheitsrecht[3]. Alles nun, was *legis uicem* hat, kann nicht nur sich einander gegenseitig aufheben, sondern auch die eigentliche *lex*.

Dieser theoretischen Auffassung entspricht eine Fülle historischer Beispiele. Von ihnen mögen einige hervorgehoben werden, wie sie mir gerade zur Hand sind.

So erzählt uns Livius[4], dass im Jahre 545 d. St. das dem *flamen* ursprünglich zugestandene Recht der Theilnahme am Senat nach allgemein herrschender Ansicht durch Gewohnheit erloschen war. Nach Gaius[5]) war die von den Zwölftafeln anerkannte, *usu* erfolgende *in manum conuentio mariti* theilweise durch Gesetz, theilweise durch Gewohnheit abgekommen. Die von den Zwölftafeln geordneten Strafen der Injurien sind nach dem Berichte der Institutionen[6] durch Gewohnheit beseitiget worden. Dasselbe erzählt Gellius[7] von

---

1 *Gaius I, 5.* Noch Ulpian in *Fr. 1 de constitutionibus* gibt dem Kaisergesetz formell eine sekundäre Stellung *(legis habet uigorem)*, aber das hindert ihn nicht (sofern nicht etwa die Kompilatoren dabei thätig waren), im materiellen Sinne hinzuzufügen *legem esse constat.*

2 Denn historisch betrachtet ist die Gewohnheit die älteste Form der Rechtserzeugung.

3 Den Ausdruck *legis uicem obtinere* brauchen Leo und Anthemius in *C. 3 quae sit longa consuetudo;* denselben Sinn hat die Bezeichnung *pro lege* von Julian in *Fr. 32 § 1* und *pro iure et lege* von Ulpian in *Fr. 33,* desgleichen eine ähnliche Wendung von Hermogenian in *Fr. 35;* die sekundäre Stellung ist endlich besonders klar angedeutet durch den Ausdruck *leges imitatur* in *C. 3 cit.* und in *§ 9 I. de iure naturali.*

4 *Liuius 37, 8.*

5 Diese Form der *conuentio in manum mariti,* älter als die Zwölftafeln, hatte in ihnen wenigstens indirekt Anerkennung gefunden. Von diesem *usus* sagt *Gaius I, 111: sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.*

6 *§ 7 I. de iniuriis (cfr. Gellius 20, 1, 13; Gaius 3, 124; Paulus 5, 4 § 6. 7).* Der Hergang war dieser. Die Strafen der Zwölftafeln waren unangemessen geworden: sie direkt aufzuheben, lag nicht in des Prätors Macht; aber er gab dem Verletzten die Möglichkeit, anstatt auf die gesetzlichen auf andere, von ihm geordnete Strafen zu klagen. Da das Publikum sich nur dieser prätorischen bediente, so kamen die anderen bald ausser Uebung.

7 *Gellius 20, 1 § 7—10 (situ atque senio emori).*

den Zwölftafelstrafen für den *fur manifestus* und für den *iudex*, der sich hat bestechen lassen; desgleichen von der *lex licina de modo agri*[1], von dem *plebiscitum uoconianum*[2], und von älteren *leges sumtuariae*, wie die *fannia* und die *licinia*[3]. Nach einer Mittheilung Ulpian's in den Pandekten war das zweite Kapitel der *lex aquilia* durch Gewohnheit ausser Kraft gesetzt worden[4]. Endlich nach einem Zeugnisse des Kaisers Justinian selber[5] waren verschiedene Kapitel der *lex papia* ungültig geworden durch Gewohnheit.

So der allgemeine historische Gang der Dinge: derselbe erhielt die vollständige Approbation Justinian's. Das erhellt schon aus der Aufnahme der vorstehenden Zeugnisse in das *corpus iuris*. Es ergibt sich ferner aus dem, bei Abfassung des Kodex und der Pandekten an die Kompilatoren gerichteten ausdrücklichen kaiserlichen Befehl, alles wegzulassen, was durch Gewohnheit beseitiget sei[6], sodass sich Justinian sogar in einem besonderen Fall veranlasst sah, eine nachträgliche Korrektur eintreten zu lassen, weil jenem Befehl seiner Meinung nach nicht entsprochen worden war[7]. Wie sehr er überhaupt diese ganze Entwickelung des Rechts als eine selbstverständliche betrachtete, das beweist endlich noch ein abschliessender Satz seiner Institutionen:

> *§ 11. I. de iure naturali, gentium et ciuili:*
> *Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque seruantur, diuina quadam prouidentia constituta*

---

1 *Gellius 20, 1, 23.*

2 *Gellius l. cit.*

3 *Gellius 2, 24, 11 (legibus istis situ atque senio oblitteratis)*, desgleichen *20, 1, 23.*

4 Während noch Gaius (2, 215, 216) von diesem Kapitel berichtet wie von etwas gültigem, erklärt schon Ulpian in *Fr. 27 § 4 ad legem aquiliam: Huius legis secundum capitulum in desuetudinem abiit.* Sollte hier die Hand der Kompilatoren im Spiele sein?

5 *C. 1 pr. de caducis tollendis.*

6 Für den Kodex *C. haec quae necessario § 2;* für die Pandekten *C. deo auctore § 10.*

7 Konstantin hatte gewissen Personen die *legitimatio liberorum naturalium* versagt; die Kompilatoren nahmen dieses Gesetz auf als *C. 1 de naturalibus liberis*, obgleich es durch Gewohnheit beseitigt war. Das veranlasste Justinian, *C. 1* ausdrücklich aufzuheben in *Nov. 89, cap. 15.*

semper firma atque immutabilia permanent: ea uero, quae ipsa sibi quaeque ciuitas constituit, saepe mutari solent uel tacito consensu populi uel alia lege postea lata.

Diesem klaren und einheitlichen historischen Prozesse gegenüber hat von jeher ein Kaisergesetz grossen Anstoss erregt, die viel berufene *C. 2 quae sit longa consuetudo:*

Imp. Constantinus A. ad Proculum.

Consuetudinis ususque longaeui non uilis auctoritas est, uerum non usque adeo sui ualitura momento, ut aut rationem uincat aut legem.

Dieses Reskript, dessen thatsächliche Veranlassung die Kompilatoren mitzutheilen leider unterliessen, hat zu zahllosen Erklärungsversuchen geführt, welche hier nicht in ihrer Vollständigkeit wiederholt werden sollen [1]: nur die gegenwärtig noch bedeutsamen mögen hervorgehoben werden.

Eine anscheinend einfache Ansicht erklärt, hier werde allgemein ausgesprochen, der Gewohnheit wohne nicht die Kraft inne ein Gesetz zu beseitigen; die entgegengesetzte Meinung werde zwar prinzipiell in den Pandekten (*Fr. 32*) und in den Institutionen (*§ 11 cit.*) vertreten, aber der Kodex gehe den Pandekten und den Institutionen vor: mithin derogire *C. 2* dem älteren Rechte. Diese Ansicht fällt, abgesehen von allem anderen, mit ihrer Voraussetzung, also mit der Anerkennung des Satzes, dass dem Kodex ein solcher Vorzug nicht gebühre [2].

1 Die bedeutenderen sind mitgetheilt bei Puchta II, S. 203 ff., Savigny I, Beilage 2, Vangerow I, S. 42 ff.

2 Dass Kodex und Pandekten einander gleichstehen, d. h. die wiederholte Publikation dem Kodex einen äusseren Vorzug nicht einräume, wird man als die, namentlich seit Savigny entschieden herrschende Ansicht bezeichnen dürfen. Dagegen hat sich jedoch eine bedeutende Stimme erhoben in der Person Wächter's (Pandekten I, S. 118). Derselbe verkennt keineswegs, dass in der *praf. Dig., Const. Tanta,* wiederholt als *C. 2 de uetere iure enucleando,* von Justinian die Gleichstellung von Kodex und Pandekten ausgesprohen sei; da jedoch diese Konstitution aus dem Jahre 533 stammt, so beziehe sie sich auf den ersten justinianischen Kodex, nicht aber auf den revidirten vom Jahre 534: der letztere habe mithin den Vorzug des jüngeren Rechts. Dieser Einwand wird sich beseitigen durch folgende einfache Erwägung. Weil Justinian die fragliche *C. Tanta* in den revidirten Kodex aufgenommen, so hat er stillschweigend aber vollkommen deutlich erklärt, sie gelte auch für dasjenige Gesetzbuch, worin sie steht.

Einen anscheinend entgegengesetzten Weg schlägt Puchta ein[1], behauptend, die Stelle spreche gar nicht von einem Gewohnheitsrecht, sondern von der Gewohnheit als äusserer Erscheinung, der kein Rechtssatz zu Grunde liege. Es handele sich demnach hier nicht um die Wirkung des Gewohnheitsrechts, sondern um seine Erfordernisse: ein solches habe in dem vom Kaiser entschiedenen Falle gefehlt, weil der Gewohnheit ein höheres, durch sie nicht zu beseitigendes Prinzip entgegengestanden. — Jener erste Puchta'sche Satz sagt nur scheinbar etwas neues; denn wenn man von den Grenzen des Gewohnheitsrechts spricht, so kann man ihre Ueberschreitung auch durch die Phrase bezeichnen, es bestehe nur Gewohnheit, dieser aber entspreche kein Rechtssatz: dadurch wird mithin nur ein Ausdruck gewonnen, kein neuer Gedanke[2]. Die eigentliche Erklärung Puchta's liegt lediglich in dem zweiten Satz, wonach die von dem Kaiser zu beurtheilende Gewohnheit gegen ein höheres Rechtsprinzip verstossen haben soll. Da hiervon absolut nichts in der Stelle steht, so erscheint diese Puchta'sche Erklärung als das Produkt derselben Willkür, welche er Anderen zum Vorwurfe macht.

Ueberhaupt geht das Bemühen unserer Interpreten — nicht blos Puchta's — dahin, unter Anerkennung des Prinzips der gleichen Kraft beider Entstehungsformen und unter der Voraussetzung, dass in der Entscheidung der *C. 2* diese Gleichheit nicht anerkannt worden sei, einen Fall ausfindig zu machen, in welchem das Gewohnheitsrecht diese Kraft ausnahmsweise mit Recht entbehre. Zwei von diesen Versuchen verlangen besondere Berücksichtigung. Zuvörderst Savigny[3] vertheidigt eine ältere Ansicht, wonach hier gesagt sein soll, man dürfe sich einem absoluten Landesgesetz gegenüber nicht berufen auf

---

1 A. a. O. S. 213 ff.

2 Im übrigen ergibt der Zusammenhang, dass der Kaiser den Puchtaschen Sprachgebrauch nicht befolge, sondern unter *consuetudo* auch hier, wie gewöhnlich, Gewohnheitsrecht verstehe; denn von einer rechtlich gleichgültigen Gewohnheit hätte er sagen müssen *consuetudinis nulla auctoritas est;* da er jedoch der *consuetudo* eine *non vilis auctoritas* beimisst, so meint er das Gewohnheitsrecht.

3 Savigny I, S. 153 und Beilage 1.

eine lokale Gewohnheit. Sodann geräth Vangerow[1] auf den Einfall, es sei hier gemeint, durch Gewohnheit könne dasjenige Gesetz nicht beseitigt werden, welches die Klausel enthalte, dass dagegen künftighin keine Gewohnheit sich bilden dürfe. Abgesehen von der Seltsamkeit[2] und der mehr als zweifelhaften Gültigkeit der letzten Voraussetzung[3], werden auch diese beiden Auslegungen dem Vorwurfe der Willkür nicht entgehen: ohne den geringsten Anhalt im Text, tragen sie den entscheidenden beschränkenden Punkt in denselben hinein.

Von solchen und ähnlichen Versuchen der Erklärung, nicht aus der Stelle heraus sondern in sie hinein, kann meines Dafürhaltens erst als von einem letzten Hülfsmittel die Rede sein: wenn nämlich ein Text, wie er lautet, schlechthin keinen annehmbaren Sinn gibt. Aber der hier fragliche Text gibt, wie er lautet, einen vollkommen einleuchtenden Sinn. Was sagt derselbe? „Die Macht des Gewohnheitsrechts ist keineswegs gering, aber sie geht nicht so weit, dass sie grösser sei als die der Vernunft oder des Gesetzes.“ Der Kaiser bringt mithin lediglich die Negation: *consuetudo uincit neque rationem neque legem.* Lassen wir das *non uincere rationem* ausser Spiel; es geht seine eigenen, durch die obige Auseinandersetzung bezeichneten Wege. Was den uns interessirenden Satz angeht: *„consuetudo non uincit legem“,* so ist der mögliche positive Gegensatz dazu allerdings *„sed uincit lex consuetudinem“:* und von diesem *argumentum a contrario* gehen die obengenannten Interpreten, wenn auch stillschweigend, aus. Aber das ist keineswegs der einzig mögliche Gegensatz, es gibt noch einen anderen. Wenn nämlich von Jemandem ausgesagt wird, dass er einen bestimmten Anderen nicht besiege, so besteht eine doppelte Möglichkeit: entweder der Andere überwindet ihn

---

1 Vangerow I, S. 44.

2 Vangerow würde wohl gethan haben, das Vorkommen eines Gesetzes mit dieser Klausel uns nachzuweisen. Mir wenigstens ist ein solches nirgendwo vorgekommen und auch von meinen Vorfahren habe ich von keinem solchen gehört.

3 Wenn ein Gesetz seine künftige Abänderung überhaupt nicht mit Wirksamkeit verbieten kann, so stehen auch hier wie sonst beide Formen der Rechtsbildung einander gleich.

oder sie sind beide gleich stark. Da nun in unserem Fall der erste Gegensatz als unhaltbar sich erweist, so sind wir mit Nothwendigkeit auf den zweiten angewiesen: „beide stehen einander völlig gleich“. Das ist zwar sachlich kein besonders bedeutsames, aber ein vollkommen richtiges Resultat [1].

---

1 Diese Auslegung findet sich, in ihren Elementen wenigstens, schon bei *Hilliger, Donellus enucleatus I, p. 27* und *Aueranius, interpr. lib. 2 c. 1* [er urgirt das *„sui momento“* und überträgt es „durch sich selber“ mit dem Sinn, das Gewohnheitsrecht habe durch sich selber vor dem Gesetz keinen Vorzug, demnach entscheide zwischen beiden lediglich das Prinzip, wonach der jüngere Rechtssatz den Vorzug habe von dem älteren]. Savigny will diese Interpretation beseitigen durch den Vorwurf der Trivialität. Aber diese ist für die Auslegung der Kaiserkonstitutionen, wie der justinianische Kodex sie bietet, ein wenig schwer wiegender Einwand. Oder welcher tiefere Sinn wohnt bespielweise der *C. 1 de contrahenda emtione* inne, wenn in ihr die Kaiser Valerianus und Galienus lediglich erklären: *„Venditiones, etsi in alio loco quam in quo possessiones constitutae sunt fiant, non ideo irritae esse creduntur“?* Zudem ist jene Trivialität nicht so gar gross; denn es erscheint recht wohl denkbar, dass in dem abgeurtheilten Falle der in seinen Interessen durch das Gesetz Verletzte gegen dasselbe auf ein älteres Gewohnheitsrecht sich berufen hatte.

Zur Feier des Andenkens an den kurfürstlich Sächsischen Hofrath Dr. Bernhard Friedrich Rudolf Lauhn, welcher eine sehr beträchtliche Stiftung für Studirende der Rechte an der Universität Leipzig in dankenswerthester Weise letztwillig errichtet hat, wird der Satzung gemäss

Herr stud. iur. A. Metzner aus Kaltennordheim

am 3. Mai d. J., Vormittags 12 Uhr,

in einem, durch Anschlag näher zu bezeichnenden Auditorium eine Rede halten „über Strafsystem und Strafvollzug der Carolina“.

Wir beehren uns, das Oberhaupt, die Mitglieder sowie die Freunde der Universität zu dieser Feier hierdurch ergebenst einzuladen.

Leipzig, den 15. April 1881.




